



**EL *IUS VARIANDI* DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL
ÁMBITO DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO:
LA PROTECCIÓN DE LAS ZONAS VERDES**

"THE *IUS VARIANDI* OF THE ADMINISTRATION REGARDING TOWN PLANNING:
PROTECTION OF GREEN SPACES"

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor
D. ÁNGEL LUIS LORENZO MEDEL

Tutor
Dr. D. JUAN ANTONIO BUENO DELGADO

Alcalá de Henares, a 10 de enero de 2017

Índice

Resumen	3
1. INTRODUCCIÓN	
1.1. ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	4
1.2. FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS ZONAS VERDES	5
2. OBJETIVOS	
2.1. GENERALES	7
2.2. ESPECÍFICOS	8
3. METODOLOGÍA	8
4. ANÁLISIS Y DESARROLLO	
4.1. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE MODIFICACIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO	9
4.2. LAS EXIGENCIAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN	
4.2.1. El concepto de medio ambiente acogido por la Constitución	14
4.2.2. El concepto de espacio libre o zona verde	16
4.2.3. Sobre la diferente zonificación o uso de espacios libres o zonas verdes	17
4.2.4. Sobre el interés general que concurre en una zona verde y la doctrina del “mínimo sin retorno”	20
4.2.5. El reconocimiento del medio ambiente urbano como postulado y valor a proteger en documentos internacionales y en los propios planes de ordenación municipales	26
4.2.6. La protección de las zonas verdes en nuestro Derecho	29
4.2.7. El principio de “no regresión” en materia de zonas verdes	32
4.2.8. Usos de los espacios libres e incompatibilidad del equipamiento privado con el carácter público de éstos. Insustituibilidad de las zonas verdes	35
4.3. PECULIARIDADES DE LA DECISIÓN ADOPTADA POR LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DE UNA ZONA VERDE	
4.3.1. Acerca de la supuesta irracionalidad de la decisión	37
4.3.2. Arbitrariedad y falta de motivación del planificador	38
4.3.3. El control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico	39
5. CONCLUSIONES	40
6. BIBLIOGRAFÍA	41

Resumen

Este Trabajo Fin de Máster se centra en el estudio del *ius variandi* o prerrogativas de la Administración pública, traducible como derecho o **poder de modificación**, en uno de los ámbitos en el que ejerce sus potestades, como es el del planeamiento urbanístico o **planificación urbana** (conjunto de instrumentos técnicos y normativos redactados para la ordenación del suelo en un marco espacial, sea un municipio, un área urbana o un barrio) y más concretamente, en los criterios que deben seguirse para la protección de las zonas verdes o superficies destinadas a **parques o jardines**.

Partiendo de este supuesto, se analiza desde la exigencia normativa de reservas para esta clase de áreas hasta la orientación de la jurisprudencia, especialmente en casos en los que se ha pretendido sustituir o modificar la calificación de estos espacios por otros usos destinados a albergar equipamientos de carácter edificatorio. Teniendo como telón de fondo el interés general o interés público, el control sistemático ha estado presidido siempre por la promoción y defensa de estos lugares, tanto por constituir áreas necesarias para la salud de la población como por el equilibrio urbano, además de por su importancia ecológica y patrimonial, en muchos casos de gran valor histórico, cultural y social.

En definitiva, el papel que juegan las zonas verdes hace necesario fomentar su protección y conservación como un factor fundamental en la calidad de vida.

*“Hoy es vital para el hombre reencontrar la doble amistad perdida
del azul del cielo y el verde del árbol.”*

Le Corbusier

1. INTRODUCCIÓN

1.1. ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La ciudad actual es una realidad que viene preocupando desde hace tiempo a políticos, planificadores y ecólogos. Hoy en día, casi el 60 % de la población mundial vive en áreas urbanas, ritmo que aumenta frenéticamente cada año.

Ese crecimiento de las ciudades no siempre ha ido parejo a una proporción entre las áreas edificadas y las libres, en aras a la obtención de un equilibrio necesario. La falta de espacios naturales en las ciudades ha sido una característica demasiado frecuente de los grandes desarrollos inmobiliarios del siglo pasado.

Por el contrario, el urbanismo actual ha puesto en valor la importancia de los elementos naturales en las áreas urbanas. Las numerosas recomendaciones de los distintos organismos internacionales han conseguido que cale entre la población la conciencia del papel esencial del medioambiente. La vegetación en la ciudad no sólo tiene ya una función ornamental sino que, además, goza también de un papel regulador: retiene las aguas atmosféricas, contribuye a la evapotranspiración, es un filtro contra la contaminación y tiene efectos terapéuticos, entre otras bondades. Es decir, el “verde urbano” se ha convertido en un insustituible parámetro ecológico frente a la simple aparición de espacios abiertos que, si bien es verdad que esponjan la trama urbana, no cubren las necesidades anteriormente citadas. Además, las zonas verdes de las ciudades cumplen una importante labor social, en cuanto a la satisfacción de demandas concretas que tienen que ver con lo lúdico y el descanso.

Como consecuencia de ello, las diferentes Administraciones han ido regulando y legislando sobre la materia, imponiendo dotaciones necesarias al hilo de las recomendaciones internacionales.

La Organización Mundial de la Salud ya hace tiempo que recomendó para las ciudades 9 m²/habitante de zonas verdes. La CEE ha señalado unos estándares de 10 a 20 m²/habitante. En nuestro país, la Ley del Suelo vigente es muy explícita en

este aspecto y especifica la necesidad de que los Planes Generales de Ordenación Urbana reserven una dotación mínima de espacios verdes de 5 m²/habitante. Anteriormente, ya la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 exigía, *“para la formación de los Planes de Ordenación, tanto generales como parciales, o especiales, el respeto a estas superficies mínimas no edificables”*. Aconsejaba *“extremar las garantías, a fin de que cualquier alteración en estas superficies no edificables no pueda obedecer sino a razones de interés general, debidamente justificadas”*. Y la Ley 158/1963, de 2 de diciembre, sobre condiciones y procedimientos de modificación de planes de Ordenación Urbana y de Proyectos de Urbanización cuando afecten a zonas verdes o espacios libres previstos en los mismos, ya derogada, establecía que *“no podrá introducirse –en los Planes generales, parciales o especiales de Ordenación Urbana y los Proyectos de Urbanización- en ellos ninguna clase de modificación que tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, sin cumplir los requisitos prevenidos en esta Ley”*, reforzando la importancia de lo referido en la necesidad de la aprobación de dicha modificación por Consejo de Ministros, previo informe favorable del Consejo de Estado, entre otros.

La legislación en España, aunque sustancialmente coincidente, es diferente en las distintas Comunidades Autónomas. Se puede decir que todas ellas son herederas de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Ello se traduce en la obligación de las ciudades a dejar espacio para zonas verdes, en base a las funciones que desempeñan en la estructura urbana, que han quedado referidas supra.

1.2. FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS ZONAS VERDES

Cada vez más se produce una limitación de la potestad de planeamiento por la legislación medioambiental, que se traduce en la prevalencia de la planificación ambiental (espacios naturales) sobre la planificación territorial y urbanística.

Esta superioridad ya se contempló en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, así como en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. También, por supuesto, en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 (TRLRHL). Actualmente, es en el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en donde se recoge que *“las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente”*. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2010 (Recurso de Casación 5535/2006) contempla la prevalencia de la planificación ambiental sobre la urbanística, determinando que aquella está sólidamente asentada en nuestro ordenamiento jurídico, habiendo sido resaltada por la jurisprudencia, siendo muestra de ello las sentencias de 27 de noviembre de 2003 (RC 8459/1999) y 13 de noviembre de 2009 (RC 3511/2005).

Buena parte de esa sensibilidad ha venido dada por la transposición de las normas de la Unión Europea de naturaleza ambiental, como también por el sentimiento y la concienciación ciudadana, política e institucional en esta materia. A mayor abundamiento, también han contribuido, sin duda, las políticas públicas y legislación sobre asuntos como la eficiencia energética, nuevas tecnologías, economía verde, sostenibilidad, cambio climático, etc. Estos posicionamientos propios del derecho ambiental han conducido a repensar los modelos de ciudad, favoreciendo la compactidad y la eficiencia energética, y a dirigir los esfuerzos en reconstruir, rehabilitar y reformar la ciudad compacta, construida y habitada.

Todo ello ha derivado hacia posturas que giran en torno al **principio de no regresión ambiental**, propio del derecho ambiental que, trasladándose al ámbito urbanístico, se traduce en la no regresión planificadora en relación con la calificación de zonas verdes o suelos especialmente protegidos. Al respecto encontramos sentencias del Tribunal Supremo, tales como la del 30 de septiembre de 2011 (RC

1294/2008) o del 29 de marzo de 2012 (RC 3425/2009), las cuales se refieren al principio de no regresión planificadora en relación con la calificación de zonas verdes o suelos especialmente protegidos, respaldándose en el derecho interno, esto es, en la Constitución Española (art. 45) así como en el principio del desarrollo territorial y urbano sostenible de la legislación estatal del suelo.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011, se menciona la cláusula “stand still”, determinando que **una vez establecida una zona verde esta constituye un mínimo sin retorno**, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen nº 3297/2002.

Por otra parte, como se recoge en el Documento de Doctrina jurisprudencial sobre Urbanismo 2010-2012 del Gabinete Técnico de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, este principio “stand still” ha sido entendido en otros países como “efecto trinquete”, como “intangibilidad de derechos fundamentales” o “de derechos adquiridos legislativos” o, incluso, como principio de “carácter irreversible de derechos humanos”.

Resumiendo, no es que se prohíba alterar la calificación urbanística de una zona verde sino más bien que debe tener una exigencia superior en su motivación, donde se acredite que la otra decisión planificadora sea más coherente y racional con los mismos y expresados principios en materia urbanística o ambiental.

2. OBJETIVOS

2.1. GENERALES

Este trabajo se orienta hacia la profundización en la importancia de definir y deslindar la potestad discrecional de la Administración como responsable de la planificación del territorio en cuanto a la protección de las zonas verdes. Se trata de analizar la cuestión bajo ese supuesto concreto y su regulación y aplicación práctica; es decir, qué ha dicho la jurisprudencia al respecto y hacia donde se dirige,

estudiando las influencias que ha tenido la legislación que se ha incorporado en los últimos años.

Para alcanzar esos objetivos se ha realizado un trabajo de campo, analizando y desentrañando el asunto desde la normativa aplicable, acercándose al contenido de varias sentencias, marcadas por el fondo de la cuestión, de cuyos resultados se obtienen las líneas a seguir en la materia, dando una visión general de las diferentes posturas adoptadas por nuestra jurisprudencia en este tipo de litigios en los que se juzga la modificación o alteración de éstos espacios.

2.2. ESPECÍFICOS

Para la consecución de la finalidad pretendida, se ha previsto apoyarse en varios aspectos, buscando las fuentes documentales que permitan abordar la cuestión y en concreto:

- a) Análisis de la categoría jurídica conocida como “ius variandi”
- b) Contenido y enfoque de su regulación y aplicación práctica de la misma
- c) Estudio de la jurisprudencia sobre la materia, esbozando el punto de vista de jueces y tribunales
- d) Influencia de la legislación al respecto
- e) Principales recomendaciones ligadas a la raíz de la cuestión

Por tanto, partiendo de los aspectos teóricos reseñados anteriormente y de los objetivos que se han definido, se observan los preceptos que se recogen en sentencias recientes, exponiendo los resultados y su influencia en la sociedad actual.

3. METODOLOGÍA

La investigación parte de un enfoque metodológico, en el que se han recopilado datos de las diferentes herramientas utilizadas, que ayudan a reflexionar y obtener las posteriores conclusiones y, en último lugar, formar una apreciación personal. La

recogida de esos datos ha permitido un enfoque histórico desde el que se ha abordado el asunto, pasando por la normativa vigente de aplicación, hasta llegar a las resoluciones judiciales que van marcando el devenir del problema.

Se han consultado directamente las fuentes legales más importantes que afectan al caso, como son las distintas leyes de suelo y ordenación urbanas que se han promulgado, tanto estatales como autonómicas. También se han recogido reseñas y noticias publicadas al respecto.

En el desarrollo del TFM se ha seguido, básicamente, una sistemática consistente en analizar varias sentencias del Tribunal Supremo, a modo de comparativa entre las distintas facetas que caracterizan la materia objeto de estudio, exponiendo una casuística de lo más variopinto.

4. ANÁLISIS Y DESARROLLO

4.1. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE MODIFICACIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

La Constitución Española (art. 9.3) garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que están, al igual que los ciudadanos, sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1). Según el art. 103 CE *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*. Esa potestad discrecional del planeamiento debe elegir entre diversas alternativas igualmente justas alejándose de la arbitrariedad, de la actuación sin fundamento jurídico. Viene al caso lo expresado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 septiembre 2014 (RC 1317/2012), donde se afirma que *“la Administración ha incurrido en error o al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones”*.

El ejercicio del *ius variandi* que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo debe ser ejercido siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 CE. La Administración, al planificar, incurre en error cuando actúa al margen de la discrecionalidad o con alejamiento de los intereses generales (sentencias TS, 3ª, 14-02-2007, RJ 2007/4214, FD 3º; 03-07-2008, FD 6º; 30-04-2009, RJ 2009/5154, FD 8º; 14-07-2011, RJ 2011/6501, FD 5º).

Es interesante en este punto citar el artículo publicado en InDret Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com) sobre “Normas de conducta y normas de control”, por José María Rodríguez de Santiago (Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid) en el que manifiesta que: “...la decisión de prevalencia ha de cumplir con la denominada **“ley de la ponderación”**: en la solución de un conflicto entre principios debe cumplirse la regla de que cuanto mayor sea el perjuicio que se causa al principio que «pierde», mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio que «gana»”. En este mismo sentido, el jurista alemán Robert ALEXY denomina “ley de la ponderación” al criterio según el cual, en caso de conflicto entre dos principios, la solución que se adopte debe cumplir que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en colisión, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”. Expone ALEXY que los tres subprincipios del test de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) funcionan como reglas: se cumplen o no se cumplen.

Ese juicio de contraste entre la decisión administrativa y la norma de conducta aplicada es el que debe realizarse con el criterio de la razonabilidad-arbitrariedad contenido en el artículo 9.3 CE. Es decir, si la decisión que toma la Administración está suficiente y convincentemente motivada; o dicho más directamente, si es “aceptable” la decisión administrativa adoptada. Y si el defecto procedimental en que ha incurrido la Administración puede calificarse como relevante para el resultado de la decisión, esta ha de anularse. En nuestro caso, el **principio de la protección medioambiental** está expresamente identificado como uno de los fines a los que debe servir la planificación urbanística y concreción en este ámbito del principio rector establecido en el artículo 45 CE.

La norma de conducta, pues, obliga a la Administración a “*lograr la mejor ordenación posible*” (por todas, STS, 3ª, 08-11-2012, FD3º). La norma de control solo permite al órgano judicial eliminar las **decisiones jurídicamente inaceptables** desde la perspectiva de las exigencias de ese precepto constitucional (art. 9.3 CE). Si la decisión “a” puede calificarse de inaceptable, por inmotivada o irracional en el sentido de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE, el órgano judicial ha de declarar su invalidez; control de la arbitrariedad, bien en el resultado de la decisión, bien como simple ausencia de motivación.

Por tanto, es **irracional** y, en consecuencia, **arbitraria**, toda decisión sobre planeamiento que no supere un estándar mínimo de racionalidad en su resultado (STS, 3ª, 05-07-2012, FD 6º). Para que sea arbitraria basta que no conste la motivación que la justifica o que esa motivación no sea convincente.

Por otra parte, la evolución del canon de control que la jurisprudencia ha deducido del principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) pasa por darle la vuelta a todos los elementos característicos del mero control de la racionalidad del resultado de la decisión. Según esta nueva versión del criterio judicial, es la Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente. No es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso una motivación con la que no se trabajó antes. Así se recoge en la STS, 3ª, 15-02-2013, RJ 2013/2102 (FD 1º), donde el tribunal de instancia había dicho expresamente que **no cabe justificar en el proceso lo que no se ha justificado antes en la Memoria de un Plan**.

Es de sobra conocido que el documento del Plan en el que prioritariamente deben explicitarse los criterios que fundamentan sus decisiones es la Memoria, de la que - según expresión gráfica del TS- “deben fluir” dichas decisiones mediante cadenas argumentativas justificatorias realizadas expresamente o por remisión a otros documentos del Plan (ver STS, 3ª, 03-07-2007, FD 11º). Ninguna decisión del Plan puede aceptarse que quede huérfana de motivación (por ejemplo, se anula, por falta de motivación, la calificación de una finca en suelo urbano que pasa de uso dotacional privado a residencial en STS 04-11-2009, RJ 2009/7949, FD 4º).

El artículo 38 del Reglamento de Planeamiento (RD 2159/1978) expone que “la Memoria del Plan General establecerá las conclusiones de la información urbanística que condicionen la ordenación del territorio, analizará las distintas alternativas posibles y justificará el modelo elegido, las determinaciones de carácter general y las correspondientes a los distintos tipos y categorías de suelo”.

Por consiguiente, el lugar natural que tiene el planificador urbanístico para plasmar la motivación, reconocido tanto por la legislación como por la jurisprudencia, es la Memoria de los Planes.

Un verdadero y completo control de ponderación se lleva a cabo en la sentencia del TS, 3ª, de 13 de junio de 2011, RJ 2011/5264, en el asunto Biblioteca Central Universitaria en el parque de El Prado de San Sebastián, en Sevilla, que también puede utilizarse como resolución testigo de la evolución de la norma de control en la jurisprudencia. La decisión administrativa se anula en virtud de un control específico de ponderación: frente a la prevalencia *prima facie* que tiene la protección de las zonas verdes ya existentes, es necesario formular un juicio de ponderación que justifique *“las razones por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible”* (FD 13º). Evidentemente, lo que está exigiendo el órgano judicial es la adopción de una decisión que cumpla con la “ley de la ponderación”: cuanto mayor sea el perjuicio causado a uno de los intereses en conflicto (la protección de las zonas verdes existentes), mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario (implantación del equipamiento). Como no se ha demostrado que el equipamiento sólo pueda estar ubicado en la zona verde, no queda justificado el perjuicio causado al objetivo contrapuesto (ver también STS, 3ª, 26-10-2011, FD 5º).

La sentencia de Sevilla (STS de 13-06-2011) confirma la anulación de la Revisión de un Plan General en la parte que proyecta la supresión de una zona verde existente (parque público), sustituyéndola, en ese caso, por la futura Biblioteca Central de la Universidad. Analiza con profusión la extensión y límites de la potestad discrecional de planeamiento, incidiendo en que *“(…) esta amplia discrecionalidad se torna más estrecha cuando se trata de actuar sobre zonas verdes, como es el caso. Y decimos*

que se reduce el 'ius variandi' porque las zonas verdes siempre han tenido un régimen jurídico propio y peculiar, que introducía una serie de garantías tendentes al mantenimiento e intangibilidad de estas zonas, e impidiendo que fueran borradas del dibujo urbanístico de ciudad, sin la concurrencia de poderosas razones de interés general" (FJ 10º). Añade que "lo propio de una decisión discrecional es la elección del planificador entre diversas opciones igualmente válidas. Pues bien, el sacrificio de una zona verde no es indiferente jurídico cuando el planificador realiza la elección de esa decisión discrecional. No constituyen opciones igualmente válidas para el planificador el emplazamiento de un edificio sobre una zona verde que sobre otros terrenos que no tienen tal cualidad" (FJ 14º). Sigue con que "ciertamente la libertad del planificador urbanístico no desaparece ante las zonas verdes, pero sí se reduce considerablemente. Esa libertad queda limitada únicamente a los casos en los que se advierta una potente presencia de los intereses generales que demanden la reducción de la zona verde, que no es el caso. Los intereses universitarios no resultan incompatibles, ni se ven perjudicados, con el mantenimiento de la zona verde y el emplazamiento de la biblioteca en otro lugar. El interés público presente en dichas zonas verdes, concebidas para el uso y esparcimiento general de todos los vecinos, resulta no imposible pero sí difícil de abatir. En definitiva, **una vez establecida una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula "stand still" propia del derecho comunitario**, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen nº 3297/2002. Téngase en cuenta que la protección de las zonas verdes, fundamentalmente cuando se encuentran en el centro de las ciudades, como es el caso, nace de la función que cumplen para hacer habitable y respirable la calle, para incrementar las posibilidades del entorno y para aumentar la calidad de vida de sus ciudadanos" (FJ 14º). Para finalizar, "no está de más recordar que la tendencia natural en la evolución del centro de las ciudades, acorde de lo que dispone el artículo 46 CE, además de proteger su patrimonio, en este caso, cultural del parque porque está en el centro histórico de la ciudad, ha de ser no disminuir la extensión de las zonas verdes, es decir, del espacio libre y común para uso y disfrute de todos, que pudiera congestionar y compactar la vida urbana" (FJ 17º).

En definitiva, no se concibe la implantación de un equipamiento sobre una zona verde en detrimento de su superficie, más cuando, precisamente en el mismo ámbito de actuación, hay suficiente suelo disponible para dotaciones y equipamientos.

4.2. LAS EXIGENCIAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN

4.2.1. El concepto de medio ambiente acogido por la Constitución

Entre los principios fundamentales que han de guiar la tarea del planificador a la hora de ordenar la ciudad se encuentra, sin duda, el de la protección del medio ambiente, que deriva directamente de la aplicación y eficacia vinculante del artículo 45 de la Constitución. De hecho, el RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, contempla en su artículo 3 el “principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, como uno de los fines específicos de la actividad urbanística.

En efecto, la protección del medio ambiente es un “signo de los tiempos” que corren, y así lo ha reconocido la jurisprudencia al máximo nivel, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta nuestro Tribunal Supremo, pasando por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el propio Tribunal Constitucional, al que se debe la siguiente reflexión: *“El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que se ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para una mejor calidad de vida”* (STC 64/1982). De ahí que el Alto Tribunal haya resaltado *“la necesidad de compatibilizar y armonizar ambos, el desarrollo con el medio ambiente; se trata, en definitiva, del ‘desarrollo sostenible’, equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras”*.

Junto a ello, y dejando a un lado en este momento la cada vez más profusa normativa europea, estatal y autonómica que, desde el punto de vista de la distribución competencial, contribuye a la protección de ese auténtico derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado, se ha creado una conciencia favorable a la protección ambiental, especialmente rigurosa y exigente con el respeto al **principio “pro natura”**, lo cual entronca directamente, también, con los conceptos de “calidad de vida” y “desarrollo sostenible” que, asumidos por la legislación urbanística antes citada, encuentran su amparo y fundamento en el propio artículo 45 de la Norma Fundamental. En este sentido, es crucial la sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995 en la que, al abordar el concepto de medio ambiente, comienza por remontarse *“a la calidad de vida como aspiración situada en primer plano por el Preámbulo de la Constitución”*, añadiendo a continuación que el artículo 45 configura *“un derecho de todos a disfrutarlo y deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección”* (FJ 4º).

Para el TC, *“en la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción. El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”*. La citada STC 102/1995 señala que éste *“es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro”*, emergiendo en este punto la idea de “protección”, que consiste en *“una acción de amparo, ayuda, defensa y fomento, guarda y custodia, tanto preventiva como represiva, según indica claramente el texto constitucional”*. Y prosigue el TC que *“en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguizados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres y de las generaciones sucesivas. La protección*

resulta así una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, para garantizar su disfrute por todos". El concepto jurídico de medio ambiente incorpora, además de los recursos naturales, *"otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje"*, constituyendo este último una *"noción estética, cuyos ingredientes son naturales –la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar– y culturales, históricos"*, pues *"no es sólo una realidad objetiva, sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura"* (FJ 6º).

4.2.2. El concepto de espacio libre o zona verde

El profesor Francisco LÓPEZ MENUDO (en su estudio "Parques, jardines y otras dotaciones. Su protección urbanística en Andalucía", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 57, enero-marzo 2005, págs. 11-35) manifiesta que *"en su origen los espacios a proteger vienen referidos a una sola realidad física: los caracterizados por una vegetación permanente; son, pues, las 'manchas verdes', así se trate de parques o jardines"*. Y por otro lado, *"ante la confusión terminológica reinante en la propia legislación (...), la perspectiva más adecuada es la de considerar el "espacio libre" de titularidad pública como un género y las zonas verdes como una especie de aquéllos. Se trata, pues, de dos conceptos distintos, aunque subsumido uno en el otro, teniendo en común la característica de su inedificabilidad"*. Ambas categorías constituyen lo que el art. 25.1.c del Reglamento de Planeamiento de 1978 denomina como "sistema general de espacios libres", diferenciable de los otros dos sistemas también "generales": comunicaciones y equipamiento comunitario.

La calificación de zona verde opera, pues, como garante del mantenimiento y conservación de los valores ambientales detectados. Ese "espacio libre público" de franja de terreno responde a la finalidad de prever una zona de protección al suelo residencial. El concepto de zona verde no es simplemente cuantitativo sino CUALITATIVO (Principio de proporcionalidad). No se pone en duda el *ius variandi* de la Administración en cuanto a la discrecionalidad de la planificación urbanística, pero

esta debe ser especialmente intensa en lo que respecta a las zonas verdes; es decir, aquí sí que se exige una especial justificación.

4.2.3. **Sobre la diferente zonificación o uso de espacios libres o zonas verdes**

A una primera función de las zonas verdes en defensa del medio ambiente, como espacios para la expansión de la vida humana fuera del hogar, tanto por motivos higiénicos y sanitarios como de convivencia social (vid. Preámbulo de la antigua Ley de Zonas Verdes) se han unido otras como su papel en la estructura de la trama urbana y el posibilitar la equidistribución de beneficios y cargas.

Se considera oportuno citar la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2014 (RC 2173/2012) donde, al aprobarse un nuevo PGOU, el suelo que ya había sido cedido gratuitamente para zonas verdes y espacios libres, en cumplimiento de los deberes de cesión impuestos a los propietarios de terrenos por el ordenamiento urbanístico, se destina a viviendas de protección oficial. Los bienes procedentes de “cesiones gratuitas”, como consecuencia de la actuación urbanística, son obligaciones que se imponen por Ley. El artículo 46 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RGU) establece que:

“1. Los propietarios de suelo afectado por una actuación urbanística están obligados a llevar a efecto las cesiones gratuitas de terrenos que establece la Ley del Suelo para cada uno de los tipos y categorías de suelo en los términos que resulten del Plan General y de cada uno de los Planes que lo desarrollen.

2. Las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano se harán a favor del Municipio y consistirán en la total superficie de terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y Centros de Educación General Básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente, según las localizaciones o emplazamientos señalados en el Plan.

Y el art. 47 del mismo Reglamento:

“1. La Administración actuante está obligada a afectar, a los fines previstos en el Plan, el suelo que adquiera como consecuencia del cumplimiento de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios.

2. El suelo destinado, según el Plan, a dominio y uso público y los terrenos sobre los que hayan de realizarse edificaciones o instalaciones de servicio público no podrán cambiarse de destino sino por modificaciones del Plan”.

Asimismo, el artículo 18.1.a. del RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, se refiere al deber legal de *“entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención”.*

Viene al caso la sentencia del TS de 30 de septiembre de 2011 (RC 1294/2008) respecto de la intangibilidad de una zona verde y la que en la misma se cita, de nuevo STS de 13-06-2011 (RC 4045/2009), referida la última al cambio de uso de una parte de una zona verde pública a dotacional educativo, que examinan la cuestión de los suelos destinados a zonas verdes. Así, en el AH 6º de la primera: *“la Administración urbanística tiene el deber de afectar el suelo procedente de las cesiones al destino previsto en los Planes, sin que sea correcto afirmar que se puedan cambiar unas zonas por otras”.* Y añade que *“al aprobarse el nuevo PGOU de Zarautz, en este caso, se han traspasado los límites racionales de la discrecionalidad por carecer de la necesaria justificación y resultar lesivo para el interés general al hacerse desaparecer espacios libres y zonas verdes”.* En el AH 9º y FJ 6º se refiere a la *“necesidad de diferenciar entre cesiones gratuitas de las donaciones a título gratuito, dado que aquéllas proceden del cumplimiento de un deber legal impuesto por la legislación urbanística, por lo que su desafectación es viable mediante la revisión o modificación del planeamiento urbanístico, amparado en el ius variandi, siempre que se haga dentro de los límites legalmente establecidos y se justifique debidamente, teniendo en cuenta también lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado **principio de no regresión planificadora en materia***

de zonas verdes y suelos protegidos. En este caso, se considera (por la representación procesal de los recurrentes) que la Administración ha traspasado los límites racionales de la discrecionalidad y ha celebrado lo que denomina un convenio trampa, vulnerando con ello, entre otros preceptos, lo establecido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución. La recurrente sostiene que el área o ámbito para el que fueron cedidos los suelos con destino a zona verde y espacio libre ha resultado privado de éstos con la recalificación operada en la parcela por la Revisión del nuevo Plan General (...) con lo que se ha producido una privación de la posibilidad de contar en esa área o ámbito con lo previsto en el anterior planeamiento y han desaparecido zonas verdes, mientras que se ha incrementado la edificabilidad (...) debiendo justificarlo al llevar a cabo la revisión de la ordenación establecida por un plan urbanístico, cuando se aumenta la edificabilidad, se incrementa la densidad de los usos y se acuerda la desafectación del suelo de un destino público o descalifican terrenos destinados a los usos previsto en el artículo 16 (artículo 105.1 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio).” Se añade que “debemos, por tanto, considerar que la Administración urbanística no ha justificado debidamente el uso de su discrecionalidad al aprobar el nuevo PGOU de Zarautz y ordenar el ámbito 12.3 OD (...)”, estimando los motivos invocados por la recurrente.

Como sigue diciendo la sentencia, en su FJ 9º “no son los ciudadanos recurrentes, en contra de lo declarado por el Tribunal a quo, quienes tienen que demostrar cumplidamente que no se respetan las condiciones impuestas por el citado artículo 105 de la Ley del País Vasco 2/2006, sino que **es la Administración urbanística quien lo debe justificar**, a pesar de lo cual no lo ha realizado al cambiar la calificación del suelo (...) en contra de la exigencia legal y jurisprudencial de explicar razonablemente el uso de la discrecionalidad urbanística”.

Ese cambio, pues, consistente en la “sustitución” de una parcela de zona verde por otra destinada a otro uso, quebraría el principio de equidistribución de cargas y beneficios, dada la imprescriptibilidad de una zona verde y la exigencia de motivación suficiente como límite de la discrecionalidad del planificador.

4.2.4. Sobre el interés general que concurre en una zona verde y la doctrina del “mínimo sin retorno”

La STS de 10 julio 2012, respecto del interés público y en relación con el aludido principio de no regresión, fundamenta su decisión en el mismo, entendiendo que aquello que suponga una “desprotección” requiere un plus de motivación, una motivación adicional. En la sentencia, el TS cita el dictamen del consejo de Estado 3297/2002 para apoyar su tesis: *“Que si bien referido a modificación de zonas verdes, de que “la modificación no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un **mínimo sin retorno**, a modo de **cláusula stand still** propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, **por gran relevancia social que tenga**”*. Dicha tesis también la apoya en el derecho positivo estatal y de la Unión Europea para llegar conjuntamente a la conclusión de que *“el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos”* (FJ 7).

Esta doctrina del “mínimo sin retorno” es la que acogen las distintas leyes autonómicas vigentes al apostar decididamente por el **carácter no intercambiable de los espacios libres y zonas verdes**. Por ejemplo, la LOUA se refiere a que consiste en *“una solución que trata de evitar la disminución del nivel de calidad alcanzado de hecho por una ciudad en lo que atañe a sus parques y jardines, máxime si se tiene en cuenta –amén de innumerables razones que tienen que ver con la habitabilidad de las ciudades, con la estética, desahogo de la circulación, etc.– que este nivel está muy por debajo, dicho sea en términos generales, de lo que recomienda la Organización Mundial de la Salud”*.

En el contexto en el que nos movemos, sin olvidar que es la *“realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”* la que debe presidir siempre la interpretación de las normas (artículo 3.1 del Código Civil) y teniendo en cuenta todas las circunstancias especiales que concurren en el presente caso, se debe considerar que la aplicación de este “principio de irrenunciabilidad a las calidades preexistentes de hecho” (que en nuestro caso se traduce en la existencia y plena consolidación de una zona verde como espacio público de disfrute colectivo, sin vuelta a atrás) es ineludible, por encima de cualquier otra consideración, lo que ha de conducir a tratar de evitar que se produzca una “pérdida de naturaleza” claramente atentatoria contra las ansias protectoras y conservacionistas del artículo 45 de la Constitución, en la medida en que consagra el principio “pro natura” o “pro ambiente” acogido, normalmente, en la Memoria del planeamiento general de cualquier ciudad.

En este punto conviene mencionar la sentencia del TS de 11 de abril 2013, confirmando la Orden que declaró la nulidad de pleno derecho de la que a su vez otorgó la aprobación definitiva de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Arteixo, en relación a la construcción de una iglesia sobre una zona verde, donde se recoge que *“el destino de **la dotación privada es incompatible con el carácter de sistema general del parque, que constituye una dotación pública diseñada y prevista para el servicio de la totalidad del municipio**”* (FJ 3). *“El instrumento de ordenación que la Orden impugnada declaró nulo establecía unas nuevas previsiones urbanísticas (...) además de recalificar una superficie del parque urbano, perteneciente al sistema general de zonas verdes y espacios libres públicos, **para destinarla a equipamiento religioso de carácter privado**”*. Aquella demanda pretendía que se anulase tal orden, con fundamento en que la normativa aplicable exige la reserva de emplazamientos para templos, que se ha localizado en el sistema general de zonas verdes, viendo así reducida su superficie. Se afirma en dicha sentencia que los instrumentos de planeamiento deben respetar el **principio de jerarquía normativa** (véase FD Segundo) y *“cuando así no se hace, se produce el vicio de nulidad radical que contempla el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”*. Continúa la sentencia con que *“la misma infracción se produjo respecto de la reserva de dispensación que se*

producía al recalificar una superficie de 2.880,00 m² como **equipamiento religioso de titularidad privada en detrimento del sistema general de zonas verdes y espacios públicos** que no se compensaba con la previsión de una superficie equivalente de sistemas generales, lo que la demanda pretende combatir con el argumento de que resulta obligatorio que el planeamiento general contenga emplazamientos reservados para templos, cuestión que no resulta discutible, pero sí que ese templo parroquial de carácter privado tenga que emplazarse dentro del parque público urbano que integra el sistema general de zonas verdes y espacios libres”. Añade que “el art. 12.2.1.d) del texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976 y el art. 25.1.c) y d) del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978 imponían expresamente al planeamiento general contemplar el emplazamiento de templos y centros al servicio de la población destinados a usos religiosos”.

En dicha sentencia, **“la Revisión del PGOU que altera la superficie destinada a zona verde y espacio libre con la previsión de un nuevo equipamiento incurre en causa de nulidad de pleno derecho por infracción de la zonificación y uso urbanístico de las zonas verdes y espacios libres”** (FJ 1º). Agrega que “con la revisión de oficio no se cuestiona la necesidad y conveniencia de prever un nuevo equipamiento religioso, sino el emplazamiento concreto elegido que supone la supresión de 2.880,00 m² de parque urbano, que integra el sistema general de zonas verdes y espacios libres públicos al servicio del conjunto de la población del término municipal, que no se compensan con la previsión de una superficie equivalente de sistemas generales y, además, implica destinar a equipamiento de titularidad privada los terrenos enclavados dentro del parque urbano destinado a uso y dominio público, lo que constituye una evidente reserva de dispensación” (FJ 3º). Además, “en cierta sintonía con ese razonamiento de la resolución, la sentencia de instancia señala que el emplazamiento de un templo dentro de un parque urbano constituye una reserva de dispensación. Con todo, esa coincidencia de la sentencia con la resolución administrativa no es completa, porque la Orden impugnada en el proceso había declarado la nulidad de la previsión de la dotación religiosa a implantar en el sistema general no solo por considerar que con ello se producía una reserva de dispensación, sino, en primer lugar, porque no se había previsto una

superficie equivalente de sistemas generales en sustitución de la porción superficial que cambiaba su calificación”. Además, “el art. 25.1.d) del Reglamento de Planeamiento, se refiere al subsistema de parques públicos, dentro del sistema general de espacios libres, estableciendo que establece que en estos parques solo se admitirán aquellos usos compatibles con su carácter que no supongan restricción del uso público. El destino de la dotación privada es incompatible con el carácter de sistema general del parque, que constituye una dotación pública diseñada y prevista para el servicio de la totalidad del municipio.” (FJ 3º).

Igualmente, en el mismo sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, de 3 de mayo de 2012, declara nula de pleno derecho, así como la demolición de lo ilegalmente construido, la construcción de una escuela de hostelería en Castilleja de Guzmán sobre una zona verde. En la sentencia se define como “*evidente ilegalidad*” la construcción de un edificio de 2.000 metros cuadrados en una parcela de 15.420 metros cuadrados destinada mayoritariamente a espacios libres y jardines, infracción “*manifiesta, por ser patente, notoria y apreciable*”. El **interés general** es, por tanto, el **límite de la discrecionalidad** de la que gozan los ayuntamientos a la hora de diseñar la planificación urbanística. El fallo recuerda que para modificar la calificación de una zona verde con el objeto de legalizar una obra se necesita “*una motivación excepcional y debe acreditarse y justificarse que la elección de la construcción en una zona verde no admitía alternativa alguna*”, como ya se ha dicho anteriormente.

El fallo del TSJA recoge también un extracto de la sentencia del Tribunal Supremo que declaró ilegal la biblioteca que la Universidad de Sevilla construía en el Parque del Prado de San Sebastián y que fue finalmente demolida, reiterada esta una y otra vez en el presente escrito. El Alto Tribunal, en la sentencia dictada en casación respecto de la construcción de la escuela de hostelería sobre una zona verde, STS 14-10-2014 (RC 2488/2012), en su FJ 2º manifiesta que “***el anterior planeamiento evidencia coherencia y racionalidad, pues la parcela en cuestión fue obtenida mediante cesión obligatoria para respetar el estándar mínimo exigido en la Ley 7/2002, (...) y la construcción de la escuela de hostelería (...) fue en espacio libre de parques y jardines (...) suponiendo una clara y patente infracción del orden jurídico***

urbanístico”. Y añade que, ante la modificación del plan general para justificar la actuación consumada, “no puede oscurecer que en la parcela objeto del presente recurso se infringió el orden jurídico urbanístico con la construcción realizada antes de la modificación del plan general”. Además, “en el *ius variandi* en una zona verde necesita de una motivación excepcional y debe acreditarse y justificarse que la elección de la construcción en una zona verde no admitía alternativa alguna”. Y una vez más, “en este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de junio de 2011, RC 4045/2009, en la que se afirmó: la libertad del planificador se reduce considerablemente en los supuestos en que se trata de hacer desaparecer en todo, o en parte, una zona verde, no basta con explicar por qué se ubicará tal edificación en los jardines de El Prado, es decir, para promover, o extender, un campus universitario, sino que han de expresarse las razones por las que no puede ser construida en otros terrenos para cumplir sustancialmente esa misma finalidad de permitir el uso cualificado por el entorno universitario”. Añadiendo que “debió explicarse, en definitiva, por qué dicha finalidad no podía ser razonablemente alcanzada mediante la elección de otro emplazamiento que no recortara una zona verde. El cambio de la calificación de unos terrenos para poder edificar sobre lo que era una zona verde, aunque se mantenga el uso público de la misma porque la construcción sea una biblioteca, sólo puede hacerse exponiendo las razones por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible”. De nuevo en el FJ 6º, “el *ius variandi* de que goza la Administración se ve considerablemente reducida cuando se trata de actuar sobre zonas verdes, lo que exige, como señala la sentencia recurrida “una motivación excepcional y debe acreditarse y justificarse que la elección de la construcción de una zona verde no admitía alternativa alguna”.

Esta interpretación ha sido seguida no solo en la sentencia del TS de 13 de junio de 2011, citada por la sentencia recurrida sino en la posterior de 29 de marzo de 2012 (RC 3425/2009), que, en definitiva, no hacen sino recoger una vieja doctrina jurisprudencial –así sentencias de 12 de junio de 1991, 23 de junio de 1998, 2 de febrero de 2000, etc.

Asimismo, en la tan renombrada sentencia del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 4 de junio 2009 (asunto Biblioteca Central Universitaria en el Parque del Prado de San Sebastián), se cita la STS de 24 marzo 2009, que recoge la doctrina de la sentencia de 30 octubre de 2007 (RC 5957/2003) y la de 26 julio de 2006 (RC 2393/2003) en la que se expresaba: *“las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”* (FJ 13º). Por último, ***“la calificación de equipamiento*** (en detrimento de una zona verde) (...) ***no favorece los intereses generales de la ciudad que supone el parque público; antes al contrario, los debilita en un claro retroceso para favorecer intereses*** (particulares en muchos casos) ***que no pueden primar sobre los generales, máxime cuando esos intereses podrían satisfacerse perfectamente con otras opciones discrecionales, lo que supone la arbitrariedad de la calificación elegida”***. Finalmente, *“no se compadece la calificación de equipamiento (...) con las exigencias de protección de medio ambiente que se desprenden del art. 45 de la Constitución”* (FJ 14º), citando las sentencias del TS de 27 octubre de 1992 y 16 noviembre de 1992 que sostienen que ***“resulta difícil, por no decir imposible, apreciar irracionalidad en la reserva de unos terrenos para destinarlos a zona verde”***, a lo que debe añadirse que *“la limitación del parque como zona verde supone añadir un plus de irracionalidad e incoherencia a la revisión impugnada”* y en el supuesto presente *“ha de reiterarse que al existir diferentes opciones de ubicación de la edificación la opción elegida queda lejos de ser la más coherente y racional en el espacio urbanístico y en el medio ambiental”* (FJ 14º, in fine).

Por tanto, deben existir razones excepcionales de interés público para sustituir una zona verde por otro equipamiento. **No se puede invocar al “interés general” cuando ya hay un suelo público destinado a zona verde; esto es, ese suelo ya tiene un destino público.** En resumen, el interés general ya está perfectamente justificado o garantizado con la zona verde o espacio libre público.

4.2.5. El reconocimiento del medio ambiente urbano como postulado y valor a proteger en documentos internacionales y en los propios planes de ordenación municipales

El principio del **mínimo sin retorno** o cláusula “**stand still**” ha sido considerado también como una “cláusula de statu quo” o “de no regresión” planificadora en relación con la calificación de zonas verdes, con la finalidad siempre de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental. Pues bien, la viabilidad de este principio puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea (STS 30-09-2011, RC 1294/2008). Así, la STS 29-03-2012, RC 3425/2009, se apoya en el Derecho Comunitario, *“el citado principio de no regresión planificadora –que impone la citada exigencia de especial motivación en supuestos como el que ahora contemplamos- cuenta, también, sin duda, con un importante apoyo en el ámbito normativo comunitario del medio ambiente que hoy impone el nuevo Tratado de Lisboa”*. Tanto en el Tratado de la UE (consolidado tras el Tratado de Lisboa) como en el Tratado sobre el Funcionamiento de la UE, se señalan las exigencias de la protección del medio ambiente, con objeto de fomentar un desarrollo sostenible y una política medioambiental con un “elevado nivel de protección”.

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina reconocen unánimemente la trascendental importancia de estos espacios para un desarrollo adecuado de la vida ciudadana. En síntesis, son elementos estructurantes del entorno urbano, permiten humanizar la ciudad y resultan determinantes para la organización espacial de esta, amén de constituir espacios dotados de un incuestionable valor ambiental. Más en concreto, los parques urbanos cumplen decisivas funciones que pueden resumirse del siguiente modo: relajación y esparcimiento de la población, mejora paisajística de un espacio y depuración atmosférica local, por su cercanía a zonas de mucho tránsito de vehículos a motor.

En la aludida sentencia del TSJA, sede Sevilla, de 4 junio 2009 (RC 941/2006) sobre la construcción de una Biblioteca para la Universidad en El Prado de San Sebastián,

que se cita una vez más, se manifiesta que “el **desarrollo sostenible**, denominado también **principio de sostenibilidad** se erige en el fin último a conseguir en la nueva perspectiva ambiental que desde el derecho comunitario se otorga al suelo en su vertiente urbanística y territorial. En la estrategia europea de desarrollo sostenible, que propugna la compatibilidad entre el crecimiento económico, la protección del medio ambiente y la calidad de vida, se vincula el principio de integración, entendido como la incorporación del componente ambiental a todas las políticas y acciones con incidencia sobre el medio, con el fin de mejorar la política de protección medioambiental comunitaria”. Y cita la Iniciativa de Cardiff, como conexión entre el principio de integración y el de sostenibilidad, que ya recogen el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 o el Tratado de Amsterdam. (FJ 3º). La LOUA asume igualmente el principio de desarrollo sostenible (art. 3.1.a), que también se contempla en el RD Legislativo 7/2015 (art. 3.1.).

De la anterior sentencia: “el sistema de espacios libres y su necesaria integración en la estructura urbana, requieren la definición de un sistema continuo sobre toda la trama urbana, de forma que sirva de enlace ininterrumpido entre todos los elementos, basada en una concepción jerárquica de los espacios libres, desde los espacios con valores ambientales relevantes, hasta el jardín de barrio (...)”. Y añade una característica muy importante de estos espacios: “una sucesión de espacios libres con carácter y dedicación al ocio, al esparcimiento o al fomento de los espacios puramente naturales, que permitan acentuar la variedad urbana, reducir la densidad, potenciar los desplazamientos peatonales y el uso de los espacios libres existentes, al facilitar su conexión con otros de mayor utilización” (FJ 5º).

En la citada sentencia, en cuanto a la ordenación estructural y los estándares precisos de los Planes Generales de Ordenación Urbanística para parques y jardines se señala que “el parque precisa de reserva por ser un sistema general, y que por ser un concepto integrante del sistema general participa de la racionalidad y coherencia del desarrollo urbanístico” (FJ 11º). Y a continuación: “la calificación llevada a cabo por la revisión del Plan vulnera frontalmente los preceptos y conceptos recogidos en el fundamento jurídico precedente. Los planificadores anteriores reservaron el terreno como parque, dentro del concepto de espacio

general, que supone como reserva de terreno una acertada coherencia y racionalidad en el desarrollo urbanístico de la ciudad” (FJ 12º). Aplicado al caso particular, la calificación de una parte de la zona verde como equipamiento atenta frontalmente contra la racionalidad y coherencia del desarrollo urbanístico; una vez que el planificador opta por determinada reserva de terrenos para la creación de una zona verde la decisión es racional y coherente con el desarrollo urbano por sí misma, que en modo alguno puede ser variada por una revisión posterior de la planificación general de la ciudad que no se justifica. Por ello, *“la revisión y por ende, la nueva calificación no puede encontrar amparo (...) la nueva solución propuesta en modo alguno mejora la ordenación estructural (...) pues la reducción del parque como suelo de destino público no puede entenderse compensada por el traslado de los árboles a otros lugares, ya que el parque queda limitado al haberse seccionado una parte del mismo no sólo cuantitativamente sino cualitativamente”.* Para finalizar con que *“el parque público se justifica por sí mismo (...), responde a su propio estándar, tiene unos usos globales y pormenorizados y no puede justificar su reducción y segregación esas connotaciones negativas, que en todo caso sólo puede imputarse a la gestión administrativa y no al parque público y a la ciudadanía”* (FJ 12º).

El planeamiento actual no es ajeno a estas tendencias actuales de “superprotección” del medio ambiente, que, en el ámbito de la ciudad, han de traducirse, entre otros aspectos, en el reconocimiento, defensa y consolidación de las zonas verdes, como exigencia y necesidad para lograr una adecuada calidad de vida. Así, por ejemplo, pueden verse en las páginas de la Memoria de los planes urbanísticos cómo se postula abiertamente la *“protección de los espacios con valores naturales, ambientales, forestales y arqueológicos”*, así como el reconocimiento de los “espacios libres” como *“espacios de gran valor ambiental y ecológico (...), que aportan además del necesario espacio libre, valores naturales, culturales y tradicionales a la zona, permitiendo de este modo preservar su existencia y acercarlos al ciudadano para su uso y disfrute”.*

En la medida, pues, en que no se motive de forma suficiente este cambio de criterio ha de estimarse que son contrarios a Derecho, no ya sólo por adolecer de la

imprescindible motivación e incurrir en flagrante arbitrariedad, sino también por entrañar la degradación, menoscabo y reducción de una zona verde de carácter público justificadamente creada en su día a través de un planeamiento urbanístico de rango superior.

4.2.6. **La protección de las zonas verdes en nuestro Derecho**

Según el art. 36.1. de la LOUA *“cualquier innovación de los instrumentos de planeamiento se podrá llevar a cabo mediante su revisión o modificación”* y *“deberá ser establecida por la misma clase de instrumento, observando iguales determinaciones y procedimiento regulados para su aprobación, publicidad y publicación, y teniendo idénticos efectos”*. Siguiendo con el punto 2.a.2ª *“toda innovación que aumente el aprovechamiento lucrativo de algún terreno, desafecte el suelo de un destino público a parques y jardines, dotaciones o equipamientos, o suprima determinaciones que vinculen terrenos al uso de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública, deberá contemplar las medidas compensatorias precisas para mantener la proporción y calidad de las dotaciones previstas respecto al aprovechamiento, sin incrementar éste en detrimento de la proporción ya alcanzada entre unas y otro”* y sigue diciendo que *“en todo caso, sin perjuicio de las competencias de las Administraciones públicas, en el supuesto de desafectación del destino público de un suelo, será necesario justificar la innecesariedad de su destino a tal fin, previo informe, en su caso, de la Consejería competente por razón de la materia, y prever su destino básicamente a otros usos públicos o de interés social”*. Y más concretamente, en el apartado 2.c.2ª relativo al procedimiento para llevar a cabo esa innovación de la ordenación establecida afirma que *“las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos (...) requerirán dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía”* (igual que en la norma 164.5).

La doctrina de los Consejos Consultivos autonómicos ha venido afirmando su misión protectora de las zonas verdes, excluyendo otros problemas urbanísticos concurrentes, apoyando siempre sus decisiones en la Constitución, señalando en

reiteradas ocasiones que *“las zonas verdes (...) son enclaves fundamentales, ya que contribuyen a conseguir el uso racional del suelo, impidiendo la masificación; favorecen un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, facilitando un más cercano contacto con la naturaleza y ofreciendo la posibilidad de contar con áreas de esparcimiento”* (por ejemplo, Dictamen 77/1998 del Consejo Consultivo de Andalucía, de 20 de julio, FJ II). Dichos espacios –también según el citado Consejo en los certeros términos del Dictamen 14/1994, de 30 de septiembre, al que sigue el Dictamen 57/1995, de 28 de septiembre– *“adquieren así la condición de elementos de especial relevancia en orden a conseguir una **mayor protección y mejora de la calidad de vida** a que se refiere el **art. 45.2 de la Constitución.**”* Y añade que *“las zonas verdes entran de lleno, pues, en el concepto de medio ambiente urbano”,* que ha sido vinculado por el Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (STC 119/2001).

En palabras del profesor LÓPEZ MENUDO, *“argumento poderoso que hace difícilmente rebatible cualquier dictamen o decisión inspirados en esa idea “pro natura”.* Siguiendo con el mismo autor, *“la Ley de Zonas Verdes sancionaba con la nulidad de pleno derecho los actos de edificación y uso del suelo que constituyeran infracción a los requisitos procedimentales previstos para la modificación de estos espacios (...). Tal regulación pasó a los textos refundidos de la Ley del Suelo de 1976 (art. 188) y 1992 (art. 255).* Así, el preámbulo de la Ley de Zonas Verdes de 2 de diciembre de 1963 afirmaba ya que *“es un elemento esencial de toda ordenación urbanística la existencia, entre los núcleos de edificación, de espacios libres suficientes para la normal expansión de la vida humana fuera del hogar no sólo por imperativos higiénicos y sanitarios, sino también de convivencia social”.* Por eso, *“el constante acoso que estos espacios libres sufren de los intereses contrapuestos que tienden a incrementar los volúmenes de edificación, determina que en la práctica no baste que se cumplan los mismos trámites para la formación y aprobación de los Planes que para su modificación, porque este aspecto urbanístico suele ser más difícil de conservar y ello aconseja extremar garantías a fin de que cualquier alteración en estas superficies no edificables no pueda obedecer sino a razones de interés general debidamente justificadas”.*

Bajo estos postulados, la distintas leyes autonómicas contemplan una garantía especial para los casos de alteración de las zonas verdes, que consiste precisamente en la **exigencia del dictamen favorable del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma correspondiente**, comportando su ausencia la nulidad radical de la modificación pretendida, según la legislación y una consolidada jurisprudencia. Si bien el precepto invocado –que ahora da soporte legal a la doctrina aludida– se refiere a los casos de modificación puntual del Plan, no es menos cierto que la *ratio essendi* del mismo puede y debe aplicarse, también, con carácter general, a los supuestos de revisión del PGOU que conlleven *“una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos”*. Y ello porque la finalidad de dicha doctrina es hacer frente a los ataques especulativos del sector privado y a la inercia generalizada de los propios Ayuntamientos, que tratan de encontrar en la desaparición de estos espacios el modo de resolver los más variados casos que se les plantean.

No sería necesario, pues, el trámite de informe vinculante del órgano consultivo (porque la ley no lo prevé), pero el postulado de la protección reforzada del medio ambiente ex art. 45 CE y la exigencia de una especial pulcritud en cuanto a la justificación de la modificación pretendida, de forma que queden suficientemente demostradas y concretadas las razones de interés general que la motivan han de reputarse igualmente aplicables a estos casos, porque, en definitiva, se trata de la misma cosa: un espacio verde que existe y que el planificador pretende suprimir o reducir. De hecho, en este sentido, la jurisprudencia ha reconocido que la distinción entre revisión y modificación del planeamiento es en realidad “un concepto relativo”, por lo que no cabe exagerar las consecuencias de esta distinción, que no deja de ser un tanto artificiosa y no exenta de controversias (por todas, vid. la sentencia del TSJ de Madrid, de 26 septiembre 2001). A este respecto, es oportuno recordar que el propio Consejo Consultivo andaluz, a propósito de la aprobación de la LOUA, propuso expresamente que se dispusiera la extensión de su competencia a los casos de revisión del planeamiento, justificando su propuesta en el argumento de que *“no acaba de entenderse el distinto tratamiento dado a modificación y revisión, que permite, además, el que baste con articular la modificación como revisión del Plan para evitar el dictamen del Consejo Consultivo”* (vid. la Memoria del Consejo del

año 2000). Pues, como apunta con acierto el profesor LÓPEZ MENUDO *“es posible pensar que en la práctica se acometa en algún caso el cauce de la revisión para eludir el superior control que supone el procedimiento modificadorio cuando se trata de alterar zonas verdes”*. De hecho, el mismo órgano consultivo ha enfatizado que *“la protección del bien jurídico que nos ocupa exige que el expediente ofrezca una memoria rigurosa en la que se razonen y justifiquen cumplidamente los motivos de interés público que aconsejan el cambio relativo al espacio libre, sin que tal conveniencia se pueda identificar, como es lógico, con el interés de la propia Corporación o de terceros”*.

Por tanto, si las modificaciones de las zonas verdes vislumbran razones contrarias al interés general no cabe admitir la alteración de esos espacios libres, en relación con la *ratio essendi* de la norma y de la doctrina alumbrada por los órganos consultivos. Las zonas verdes son las mismas, y corren idénticos peligros, tanto en las “modificaciones” del Plan como en sus “revisiones”, lo que exige correlativamente la necesidad de otorgarles en ambos casos esa misma “mayor protección” que resulta tanto de la ley como de la jurisprudencia y, especialmente, de la doctrina de los Consejos Consultivos citados.

4.2.7. El principio de “no regresión” en materia de zonas verdes

El art. 55 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana considera, respecto de las zonas verdes que *“serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenanza de las zonas verdes o de espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística”*. Las últimas reformas de la legislación básica estatal sobre el régimen del suelo establecen, como principio rector de la actuación administrativa en la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo *“la eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje”* (art. 3.2.a); enfatizando la prevalencia de la planificación medio ambiental. Por tanto, esa prevalencia de la planificación ambiental sobre la urbanística está sólidamente asentada en nuestro

ordenamiento jurídico, habiendo sido además resaltada por la jurisprudencia, siendo muestra de ello las sentencias del TS de 27 de noviembre 2003 (RC 8459/1999) y de 13 de noviembre 2009 (RC 3511/2005), *“no habiendo razones para dudar de la plena constitucionalidad de esta prevalencia”* (FJ3).

Como menciona la STS 30-09-2011 (RC 1294/2008), *“también guarda plena correspondencia con las sentencias de esta Sala que señalan la concreta localización de la reserva de zonas verdes debe atender a un criterio de equilibrio, proporcionalidad y proximidad entre los espacios libres y las áreas pobladas- STS 18-02-2010, RC 304/2006 y 18-12-2003, RC 2775/2001”* (FJ 7º).

También, en la STS 30-09-2011 se recoge que *“la justificación que en la Memoria se contiene para tal modificación (...) es claramente insuficiente, pues no acredita ni explicita las mejoras concretas que para el interés general supone la edificación de unos terrenos, que antes no lo eran (...). Más bien sucede lo contrario, pues la calificación del suelo afectado como zona verde o espacio libre determina, por principio, su inedificabilidad y solo mediante el procedimiento cualificado anteriormente indicado -aquí incumplido- podrá aprobarse una diferente zonificación o uso”* (FJ 7º).

Por tanto, se requiere la exigencia de una especial justificación de las modificaciones de planeamiento que afecten a la localización o extensión superficial de zonas verdes, según se recoge en la sentencia TS 30-09-2011 (RC 1294/2008). En la STS de 16-12-2010 (RC 5716/2006), se señaló que *“si el legislador dispone tan singulares requerimientos para las modificaciones que afecten a la localización o extensión superficial de zonas verdes es precisamente porque considera que la modificación puntual así cualificada, por una parte, exige una especial justificación. Muy recientemente en nuestra STS de 13 de junio de 2011, Recurso de casación 4045/2009, FD 10º -a propósito de la motivación del cambio de uso de una parte de zona verde pública a dotacional educativo para la construcción de una nueva Biblioteca Central en Sevilla- y a la que siguieron otras SSTS respecto del mismo objeto, señalamos que (se cita una vez más) **“esta amplia discrecionalidad se torna más estrecha cuando se trata de actuar sobre zonas verdes, como es el***

caso. Y decimos que se reduce el “ius variandi” porque las zonas verdes siempre han tenido un régimen jurídico propio y peculiar, que introducía una serie de garantías tendentes al mantenimiento e intangibilidad de estas zonas, e impidiendo que fueran borradas del dibujo urbanístico de ciudad, sin la concurrencia de poderosas razones de interés general”. Como sigue diciendo, “todo lo anterior viene a ratificar (...) en el marco de la expresada tendencia jurídica de no regresión calificadora de protección medioambiental, la señalada exigencia de la especial motivación en el desarrollo de la citada planificación urbanística, cuando con la misma se vean afectadas las zonas verdes; especial motivación que habrá de acreditar y justificar que el desarrollo sostenible y su integración en el ámbito urbanístico permiten que la desclasificación o descalificación de una zona verde sea sustituida por otra decisión planificadora más coherente y racional con los mismos y expresados principios en materia urbanística o medioambiental”.

Finalmente, añade que “en consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos –como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos- implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que –por supuesto- se encuentra investido el planificador” (FJ 7º).

4.2.8. Usos de los espacios libres e incompatibilidad del equipamiento privado con el carácter público de éstos. Insustituibilidad de las zonas verdes

Como venimos exponiendo con base en la doctrina legal y jurisprudencial invocada, **las zonas verdes se justifican por sí mismas**, y no necesitan de ningún uso complementario o valor añadido que refuerce su “legitimidad”. Cumplen per se una función primordial para la vida –son los “pulmones” de la ciudad– que tanto la jurisprudencia como la doctrina de los altos órganos consultivos estatal y autonómico

se han encargado de resaltar, en los términos examinados anteriormente. Es más, en aplicación del nuevo y progresivo régimen que para estos espacios prevén las distintas leyes autonómicas, resulta que, según LÓPEZ MENUDO, ello *“impide que estas zonas verdes puedan ser confundidas con los demás espacios libres y, por supuesto, con el resto de las dotaciones, lo que implica que no puedan ser sustituidas o suplantadas por éstos”*.

Como afirma este autor, *“las zonas verdes no son convertibles en otros espacios libres ‘no verdes’ ni en otros equipamientos o dotaciones, así que quedan ‘blindadas’ por obra de la LOUA frente a otra de sus tradicionales amenazas: la de su conversión en otros destinos igualmente públicos y, en la mayoría de los casos, análogamente beneficiosos para el interés general; argumento éste muchas veces utilizado para ‘ablandar’ la rigidez de la defensa de los parques y jardines”*. Y sentencia a continuación que *“estas ‘buenas razones’ que han podido justificar la conversión de una zona verde en una infraestructura distinta o en un equipamiento - ¿quién no sería sensible ante la demanda de convertir una parcela de zona verde poco atractiva en un centro escolar que fuese necesario?- resultan a la postre indeseables ya que el beneficio que puede derivar de esa conversión es a costa de algo tan difícil o imposible de compensar como es la desaparición de un parque o un jardín; una pérdida que en la práctica será normalmente irreversible, sencillamente porque las zonas verdes, aunque reputadas en abstracto como de trascendencia vital, son al fin y al cabo espacios prescindibles, a diferencia de lo que ocurre con otras dotaciones, a las que siempre habrá de buscárseles un lugar adecuado para su implantación, sea o no a costa de terrenos verdes”*.

Así, las dotaciones para equipamientos *“en puridad, en ningún caso deben ser implantadas a costa de la zona verde puesto que pertenecen a otro “sistema”, esto es, al sistema de equipamientos que tiene su propio régimen y sus propias previsiones”*. Concluye que la ley autonómica ha dispuesto que *“las zonas verdes no pueden ser sustituidas por nada, puesto que recae sobre ellas un estándar específico y singular no compartido por ningún otro espacio distinto del de zona verde”*.

Así, habría que recordar que el uso propio y habitual de una zona verde urbana (que es bien de dominio público) entra dentro de la categoría que desde antiguo se denomina “uso común general” (no privativo): aquél que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados (art. 85.1 de la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Puede realizarse, por tanto, libremente, sin más limitaciones que las derivadas de la naturaleza del bien, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación (art. 86.1 LPAP). La sentencia del TS de 8 de noviembre de 1990 recuerda, a este respecto, que *“sólo son admisibles utilizaciones compatibles con el destino del parque, pero sin alterar el derecho al uso común general que todos los ciudadanos tienen con relación a los mismos”*. Y, a propósito de los usos “pretendidamente compatibles” con el que es propio de las zonas verdes, cabe citar también el Dictamen 77/1998, de 20 de julio, del Consejo Consultivo andaluz, que afirma: *“Esa posibilidad en abstracto de que las zonas verdes, sin perder su naturaleza como tales, puedan albergar otros usos complementarios y compatibles con su destino primario no es posible interpretarla sino restrictivamente y a la vista de cada caso concreto. En efecto, **el concepto de espacio libre**, dentro de cuyo género se encuentran señaladamente las zonas verdes destinadas a parques y jardines, no puede ser identificado, como declara reiterada jurisprudencia, con cualquier espacio inedificable, sino que sólo se integran en dicha categoría **los específicamente destinados por el planeamiento a tal fin** (por todas, STS de 30 de enero de 1992). De ello se desprende, como inherente consecuencia, una especial afectación o predestinación de estos espacios al cumplimiento de las finalidades que les son propias, sin que ese destino pueda ser desvirtuado”* (FJ IV). A la luz de lo expuesto, queda claro que el uso libre y general (primario, peatonal) de la zona verde nunca será asimilable al de otro tipo de equipamiento: la “predestinación” natural de los jardines a ser utilizados como tales es incompatible con que una parte de los mismos acabe siendo ocupada por un edificio.

En algunos casos, se produce una suerte de “privatización” de la superficie de la zona verde ocupada y afectada por un equipamiento con fines privados, como

quioscos, iglesias, concesiones, etc., imposibilitándose con ello el uso común colectivo característico de este espacio libre.

4.3. PECULIARIDADES DE LA DECISIÓN ADOPTADA POR LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DE UNA ZONA VERDE

4.3.1. Acerca de la supuesta irracionalidad de la decisión

La ubicación de un equipamiento en el interior de una zona verde es también contraria a las más elementales reglas de la racionalidad, sobre todo si existen otras alternativas mejores, más razonables y menos costosas, como se ha expuesto. Así, en sentencia del TSJA, Sección 2ª, de 16 abril 2004, a propósito de la razonabilidad de las decisiones del planificador, afirma con rotundidad que la actuación administrativa *“nunca puede ir contra el Derecho y éste nunca va contra el sentido común”* (FJ 3º).

Efectivamente, una de las misiones del planificador, y en concreto, de la memoria del plan, es analizar las distintas alternativas posibles, eligiendo una que, además, habrá de justificarse. Ello incluye, también, la llamada “alternativa cero”, es decir, la posibilidad de no llevar a cabo la actuación propuesta. A este respecto, habría que cuestionar si existe la necesidad real de acometer tal equipamiento. **La Administración planificadora debe analizar las alternativas disponibles** que minimicen el problema.

Si el planificador urbanístico vulnera las exigencias legales y jurisprudenciales mínimas afirma la sentencia del TSJ de Cataluña, de 9 de julio de 2004, que *“la Memoria analizará las distintas alternativas posibles y justificará las distintas determinaciones, justificación que se produce mediante la exteriorización de las razones por cuya virtud se ha elegido un cierto modelo con unas concretas determinaciones”*. Asimismo, deben explicitarse las ventajas que, para la ordenación de la zona y su aspecto paisajístico, tendría el cambio de calificación de espacio libre a equipamiento (cf. STS de 13 noviembre 1991).

Cabe recordar a este respecto que el Tribunal Supremo ha reiterado hasta la saciedad que ***“resulta difícil, por no decir imposible, apreciar irracionalidad en la reserva de unos terrenos para destinarlos a zona verde o parque-jardín público”*** (sentencias TS de 27 de octubre 1992, 16 de noviembre 1992 y 4 octubre 1993, entre otras). *Sensu contrario*, podría decirse que si la previsión de espacios para zonas verdes casi nunca puede ser cuestionada, lo contrario (la no-previsión o la supresión) sí es posible que incurra en tal arbitrariedad.

4.3.2. Arbitrariedad y falta de motivación del planificador

Las decisiones de modificar una zona verde pueden incurrir en una flagrante arbitrariedad si carecen de motivación, como ya se ha apuntado. El planificador municipal tiene que explicar las razones por las cuales quiere cambiar el criterio inicialmente previsto de zona verde. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de junio de 1995, estableció que *“la amplia discrecionalidad del planeamiento (...) justifica la necesidad esencial de la motivación de las determinaciones del planeamiento, y por ello y del mismo modo, **las modificaciones** que a lo largo del trámite procedimental del planeamiento se vayan produciendo en su redacción, **han de ser igualmente motivadas**, por cuanto que, como determinaciones del Plan necesitan de la exteriorización de las razones que las fundan”*.

Asimismo, en la sentencia de 27 de marzo de 1991 el Alto Tribunal declaró que la motivación debe ser aún más detallada y pormenorizada cuando se pretende modificar o innovar la ordenación urbana previa. En caso contrario, se frustraría el objeto y sentido de la participación pública en la elaboración del planeamiento, como ya se ha dicho.

Para el Tribunal Supremo, es decisivo conocer *“el proceso lógico que conduce a la decisión”* (STS de 7 febrero 1987), de suerte que *“la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad”* (STS de 11 junio 1991). Así, la Memoria es esencialmente necesaria *“como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad”* pues de su

contenido *“ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento”* (SSTS de 9 julio 1991 y 13 febrero 1992, entre otras) y poder desentrañar las verdaderas razones del Plan. La STS de 21 septiembre de 1993 llega a afirmar la trascendental importancia de dicho documento, que va reflejando la progresiva autolimitación de la discrecionalidad: *“la Memoria resulta ser así un contenido dominante para el resto del plan”*. La misma sentencia señala que los motivos de una calificación urbanística *“han de ser exteriorizados precisamente por la Administración sin que pueda atribuirse una carga de adivinación al ciudadano”*. La Memoria pues, como ya se ha dicho anteriormente, integra la motivación del planeamiento. Por ello *“lejos de poder ser considerada la tan repetida Memoria como vehículo portador de simples motivaciones subjetivas reveladoras del personal propósito del gestor, constituye la auténtica causa, en sentido jurídico, determinante de un elemento esencial del negocio jurídico urbanístico”* (STS de 16 junio 1977).

4.3.3. El control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico

El Tribunal Supremo ha exigido a las Administraciones urbanísticas que, en el ejercicio de su potestad discrecional de planeamiento, se ajusten al principio general de proporcionalidad, *“lo que se traduce en la búsqueda de un ‘optimum’ mediante el empleo del mínimo coste para la obtención del máximo beneficio”*. Si las razones que da la Administración –mejor dicho, las no razones o su total ausencia, porque no existe la más mínima motivación– para fundamentar sus decisiones son **incongruentes** con los hechos, insusceptibles de ser comprendidas o simplemente **irracionales**, la discrecionalidad se convierte en **arbitrariedad** (sentencias del TS de 5-12-1985, 27-4-1983, 1-12-1986 y 16-6-1993).

Estas decisiones resultan claramente contrarias a los principios de proporcionalidad, eficacia y eficiencia que deben presidir la actuación administrativa, en general, y la planificación urbanística, en particular.

Por tanto, si la decisión carece de motivación o es arbitraria debe ser anulada siguiendo ejemplos jurisprudenciales tales como las sentencias del TS de fechas 20 marzo de 1990 (Ar.2246), 4 de abril de 1990 (Ar.3587), 22 de mayo de 1990

(Ar.4180), 8 de octubre de 1990 (Ar.7842), 24 de octubre de 1990 (Ar.8328), (Ar.8428), 5 de diciembre de 1990 (Ar.9730) y 2 de abril de 1991 (Ar.3278).

El control de la discrecionalidad del planeamiento mediante la aplicación de los principios generales del Derecho y, en particular, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, supone un control de legalidad y no de oportunidad (por todas, sentencia del TS de 18 mayo 1992). No se pretende sustituir un criterio u opción discrecional por otro, igualmente indiferente para el Derecho; se busca aplicar la lógica interna del propio planeamiento de la ciudad, para demostrar que una determinación concreta no se adecua a la misma y es, por consiguiente, irracional e injusta.

La posibilidad de este control de legalidad, que habilite el mantenimiento del estado original de la zona verde, impidiendo su inmotivada transformación urbanística, está reconocida por la jurisprudencia en reiteradas sentencias (STS de 7 de abril 1997, con cita de otras como las de 23 junio 1994, 21 septiembre 1993 y 14 abril 1992 y por todas, la tan renombrada en este escrito sobre la anulación de la calificación como uso educativo de una parte del Prado de San Sebastián en Sevilla, STS 13 de junio de 2011).

5. CONCLUSIONES

1. Las determinaciones para la modificación del planeamiento urbanístico sobre terrenos destinados a zona verde deben estar especialmente motivadas para no infringir de forma flagrante la doctrina legal relativa a los límites de la potestad administrativa de la modificación del planeamiento urbanístico. Deben ser decisiones alejadas de la incoherencia, irracionalidad o arbitrariedad.
2. La reducción de un espacio verde plenamente consolidado y su posible sustitución por otro equipamiento en el mismo emplazamiento es radicalmente contraria a las exigencias de protección del medio ambiente que derivan del artículo 45 de la Constitución Española, produciéndose una inadmisibles pérdida en la calidad de vida de los ciudadanos.

3. El supuesto de la calificación de un equipamiento en el interior de una zona verde carente de motivación contraviene la legalidad vigente y, consecuentemente, la doctrina jurisprudencial referente a los límites de la potestad de variación del planeamiento urbanístico y a las exigencias de protección del medio ambiente.
4. Las determinaciones urbanísticas que adopta el planificador para calificar un espacio como zona verde responden a criterios y postulados que garantizan el disfrute de un medio ambiente urbano adecuado, así como el desarrollo de la calidad ambiental, el fomento de la conservación y mejora del patrimonio natural y ajardinado de la ciudad o el mantenimiento de las reservas naturales.
5. A la hora de implantar un equipamiento en una zona verde ya existente debe valorarse la existencia de otros emplazamientos alternativos donde ubicarlo, que sean más lógicos y viables que la reducción de una zona verde.
6. La cláusula “stand still” o “principio de no regresión planificadora para la protección ambiental” proveniente del derecho comunitario, basada en los artículos 45 a 47 de la Constitución, en el principio de desarrollo sostenible del art. 1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (antes art. 2 del TRLS 2008) y en los artículos 4, 11 y 191 a 193 del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE, significa que para modificar, o mejor dicho, disminuir la superficie destinada a zonas verdes y/o espacios libres es necesario: 1) la concurrencia de un interés público prevalente y 2) su motivación de manera escrupulosa.

6. BIBLIOGRAFÍA

CANOSA USERA, Raúl: “Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STS 119/2001”, Teoría y realidad constitucional, Nº 10-11, 2002-2003, dialnet.unirioja.es

CARRASCO PERRERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C.: “Derecho de la Construcción y la Vivienda”, Ed. Dilex, 4^a ed., Madrid 2003

CARUZ ARCOS, Eduardo y SANTOS GIL, Hugo: “La intangibilidad de las zonas verdes como límite al ius variandi del planificador urbanístico. La doctrina del “mínimo sin retorno” o cláusula “stand still” (Comentario de la Sentencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011). Cuatrecasas & Gonçalves Pereira

FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena: “El carácter dinámico de la planificación urbanística”, Anuario da Facultade de Dereito

FERNÁNDEZ PIRLA, Santiago: “Arquitectura legal y tasaciones inmobiliarias”, Ed. Rueda, 2^a ed., Madrid 1989

GARCÍA ERVITI, Federico: “Compendio de arquitectura legal”, Ed. Reverté, Barcelona 2006

GARCÍA MANZANO, P.: “La subordinación del régimen del suelo al “interés general” establecido en el artículo 128 CE: el supuesto de las zonas verdes”, Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría, Vol. V, Ed. Cívitas, Madrid, 1991.

GÓMEZ LOPERA, Francisco: “Las zonas verdes como factor de calidad de vida en las ciudades”, Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales XXXVII (144) 2005, Ministerio de Vivienda

JIMÉNEZ BUESO, Álvaro y RUIZ ARNÁIZ, Guillermo: Doctrina Jurisprudencial sobre Urbanismo, 2010-2012, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Gabinete Técnico

LÓPEZ MENUDO, Francisco: “Parques, jardines y oras dotaciones. Su protección urbanística en Andalucía”, Revista Andaluza de Adm. Pública, nº 57, ene-mar 2005.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón: “Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico”. Open Ediciones Universitarias, 14 edición, Madrid 2013

RAMOS DÍEZ, Francisco Javier: “Urbanismo, obra pública y medio ambiente: 100 resoluciones judiciales contra la Administración Pública”, Ed. Dykinson

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: “Normas de conducta y normas de control”, InDret Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com). Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Jurisprudencia

STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2010, Rec. 2173/2012
(Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate)

STS, Sala 3ª, de 19 de noviembre de 2010, Rec. 5535/2006
(Ponente: Eduardo Calvo Rojas)

STS, de 13 de junio de 2011, Rec. 4045/2009
(Ponente: María del Pilar Teso Gamella)

STS, Sala 3ª, de 30 de septiembre de 2011, Rec. 1294/2008
(Ponente: Rafael Fernández Valverde)

STS Sala 3ª, de 10 de julio de 2012, Rec. 2483/2009
(Ponente: Rafael Fernández Valverde)

STS, Sala 3ª, de 11 de abril de 2013, Rec. 729/2011
(Ponente: Eduardo Calvo Rojas)

STS, Sala 3ª, de 18 de septiembre de 2014, Rec. 1317/2012
(Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate)

STS de 14 de octubre de 2014, Rec. 2488/2012

(Ponente: Mariano de Oro-Pulido López)

STC 102/1995, de 26 de junio, Rec. 1220/1989 y otros

(Ponente: Rafael de Mendizábal Allende)

STC 119/2001, de 24 de mayo, Rec. 4214/1998

(Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera)

Legislación y normativas

Ley 158/1963, de 2 de diciembre, sobre condiciones y procedimientos de modificación de planes de Ordenación Urbana y de Proyectos de Urbanización cuando afecten a zonas verdes o espacios libres previstos en los mismos (*Ley de Zonas Verdes, derogada*)

Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

Reglamento de Planeamiento, RD 23 de junio de 1978

Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid

Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA)

Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en C-La Mancha